

Số: 05 2 4 /PTM-PC

V/v phối hợp xây dựng Dự án
Luật Đầu tư theo hình thức đối tác
công tư

Hà Nội, ngày 22 tháng 3 năm 2019

Kính gửi: Cục Quản lý Đầu thầu – Bộ Kế hoạch và Đầu tư

Trả lời Công văn số 1285/BKHĐT-QLĐT ngày 01/03/2019 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư về việc phối hợp xây dựng Dự án **Luật Đầu tư theo hình thức đối tác công tư**, Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI) có một số ý kiến như sau:

I. Quan điểm, định hướng xây dựng Luật

1. Phạm vi đầu tư theo hình thức đối tác công tư

Hiện nay, Nghị định 63/2018/NĐ-CP và các văn bản trước đó vẫn coi đầu tư theo hình thức đối tác công tư chỉ dừng lại ở các dự án cơ sở hạ tầng và cung cấp dịch vụ công. Tuy nhiên, bản thân khái niệm cơ sở hạ tầng và cung cấp dịch vụ công vẫn còn nhiều cách hiểu khác nhau. Trong danh mục những lĩnh vực đầu tư được khuyến khích tại Điều 4.1 của Nghị định 63, có nhiều lĩnh vực dường như vượt ngoài khái niệm cơ sở hạ tầng và cung cấp dịch vụ công. Trong khi đó, thời gian qua, tại Việt Nam đã, đang và dự định sẽ có một số dự án mang tính chiến lược xin Nhà nước cam kết nhiều nội dung quan trọng như bao tiêu sản phẩm, bảo lãnh tỷ giá, bảo lãnh doanh thu tối thiểu hoặc các cam kết khác (như các dự án lọc hoá dầu).

Trong tất cả những trường hợp trên, dù nhà đầu tư đầu tư vào cơ sở hạ tầng, cung cấp dịch vụ công hay các dự án chiến lược khác, Nhà nước đều đã cam kết nhượng cho nhà đầu tư quyền thu tiền của mình hoặc cam kết chịu các rủi ro của dự án. Chính các cam kết này của phía Nhà nước là cơ sở để có thể tiến hành được dự án. Vì vậy, cần quy định phạm vi điều chỉnh của Luật Đầu tư theo hình thức đối tác công tư rộng hơn, không chỉ dừng lại ở các dự án hạ tầng và dịch vụ công, mà bao gồm tất cả các dự án khác. Theo đó, mọi dự án đầu tư trong đó nhà đầu tư được Nhà nước nhượng lại quyền thu tiền hoặc cam kết chịu các rủi ro của dự án đều phải được coi là đầu tư theo hình thức đối tác công tư.

2. Quy trình đàm phán và ký kết các hợp đồng PPP

Các dự án đầu tư PPP luôn đi kèm với các cam kết của Nhà nước trong hợp đồng đầu tư. Hợp đồng đầu tư PPP là một dạng hợp đồng hành chính, vừa mang đặc điểm pháp luật tư, lại vừa mang đặc điểm của pháp luật công. Một

trong những nguyên tắc cơ bản của pháp luật hợp đồng là “*các bên được tự do thỏa thuận những gì pháp luật không cấm*”. Tuy nhiên, pháp luật công lại chỉ cho phép “*cơ quan, cán bộ nhà nước chỉ được làm những gì pháp luật cho phép*”. Vậy, một vấn đề rất lớn đặt ra là các cơ quan, cán bộ đàm phán, ký kết hợp đồng PPP được phép cam kết những gì và không được phép cam kết những gì? Nói cách khác, thẩm quyền và trình tự thủ tục đàm phán và ký kết các hợp đồng PPP sẽ được phân định như thế nào?

Nếu việc phân quyền này lỏng lẻo, không được quy định rõ có thể dẫn đến tình trạng các cán bộ nhà nước đàm phán và ký kết những cam kết quá rộng, ảnh hưởng đến quyền lợi của Nhà nước, của người dân và của các doanh nghiệp khác. Hơn nữa, các quy định lỏng lẻo có thể khiến các cam kết từ phía Nhà nước không được tôn trọng khi có phản ứng từ phía người dân hoặc sự thay đổi nhiệm kỳ lãnh đạo. Do đó, việc minh định về thẩm quyền và trình tự thủ tục đàm phán, ký kết hợp đồng PPP có ý nghĩa đặc biệt quan trọng trong việc bảo đảm hiệu lực, hiệu quả của đạo luật này.

Quy trình đàm phán và ký kết các hợp đồng PPP cần được thiết kế bao gồm những yếu tố sau:

- *Phân loại mức độ rủi ro của dự án để xác định thẩm quyền đàm phán, ký kết.* Ví dụ, dự án có quy mô vốn đầu tư nhỏ, mức độ cam kết của Nhà nước không lớn hoặc ít ảnh hưởng đến bên thứ ba (người dân, doanh nghiệp khác) thì có thể phân quyền cho cấp dưới đàm phán và ký hợp đồng. Đối với dự án có quy mô vốn lớn, mức độ cam kết của Nhà nước cao (như nhượng quyền thu phí, bao tiêu sản phẩm, bảo lãnh...) hoặc ảnh hưởng lớn đến người dân (diện tích đất lớn, không có sự lựa chọn khác) thì phải có quy trình đàm phán, ký kết chặt chẽ hơn, thậm chí lên cấp Quốc hội quyết định chủ trương.
- *Thẩm định dự án, hợp đồng PPP trước khi ký một cách độc lập, khách quan.* Các dự án, hợp đồng PPP cần được thẩm định độc lập để cung cấp ý kiến phản biện trước khi ký, đặc biệt là về các cam kết của Nhà nước và quyền lợi của bên thứ ba. Nội dung thẩm định phải bao gồm các yếu tố: (1) sự cần thiết và hiệu quả của dự án; (2) an toàn tài chính của dự án; (3) các vấn đề pháp lý của dự án và của hợp đồng; (4) các yếu tố khác như an ninh, quốc phòng, môi trường...
- *Công khai thông tin về các dự án, hợp đồng PPP trên một cổng thông tin chung.* Tất cả các dự án đều phải được báo cáo và công khai thông tin

trước và sau khi ký hợp đồng, nội dung hợp đồng và kết quả thực hiện dự án (nội dung này sẽ trình bày kỹ ở phần sau).

- Lấy ý kiến cộng đồng trước khi ký hợp đồng. Tất cả các dự án đều phải được lấy ý kiến cộng đồng trước khi ký hợp đồng. Đối với dự án quy mô nhỏ, không ảnh hưởng lợi ích của bên thứ ba thì chỉ cần đăng công khai thông tin trước khi ký. Đối với dự án quy mô lớn hoặc có ảnh hưởng đến lợi ích của bên thứ ba thì phải được tổ chức lấy ý kiến thông qua văn bản, hội thảo, họp báo (nội dung này sẽ trình bày kỹ ở phần sau).

3. Điều khoản về bảo lãnh

Hiện nay, vấn đề bảo lãnh hay không đối với các dự án PPP đang là tranh luận lớn. Nếu không chấp nhận bảo lãnh thì rất khó thu hút các nhà đầu tư tư nhân, đặc biệt là các nhà đầu tư nước ngoài hoặc các dự án có mức độ rủi ro cao. Tuy nhiên, nếu bảo lãnh thì Nhà nước nhận rủi ro về phía mình và nếu không có cơ chế quản lý rủi ro tốt thì có thể sẽ gây những hệ lụy lớn cho ngân sách về dài hạn. Do đó, giải pháp tốt nhất là Luật đầu tư PPP vẫn chấp nhận cho phép bảo lãnh, nhưng phải thiết kế thật tốt cơ chế quản lý rủi ro của các khoản bảo lãnh. Hiện nay, có khá nhiều hình thức bảo lãnh thường thấy như bảo lãnh khoản vay, bảo lãnh doanh thu tối thiểu, bao tiêu sản phẩm, biến động tỷ giá...

Đối với bảo lãnh khoản vay, pháp luật Việt Nam đã có quy định tương đối rõ ràng trong Luật Quản lý nợ công và Nghị định 91/2018/NĐ-CP về bảo lãnh chính phủ. Các văn bản này đưa ra khá nhiều công cụ để kiểm soát rủi ro của khoản bảo lãnh, bao gồm (1) điều kiện để được bảo lãnh; (2) mức bảo lãnh tối đa cho mỗi dự án; (3) hạn mức bảo lãnh tối đa cho tổng các khoản bảo lãnh Chính phủ giai đoạn 5 năm và hàng năm; (4) thẩm định chủ trương bảo lãnh; (5) phê duyệt chủ trương bảo lãnh; (6) thẩm định cấp bảo lãnh; (7) quyết định cấp bảo lãnh; (8) hệ số trả nợ vay tối thiểu; (9) lấy ý kiến Bộ Tư pháp về nội dung pháp lý của Thư bảo lãnh; (10) ngân hàng phục vụ; (11) tài sản thế chấp; (12) các biện pháp xử lý rủi ro; (13) chế độ báo cáo, kiểm tra giám sát; (14) Quỹ tích lũy trả nợ. Với nhiều các công cụ kiểm soát như vậy, rủi ro của khoản bảo lãnh vay nợ được kiểm soát và giảm tối đa nguy cơ tác động xấu đến an toàn tài khoá quốc gia.

Đối với các hình thức bảo lãnh khác, Luật Đầu tư PPP cũng cần thiết kế các công cụ kiểm soát rủi ro tương tự như trên, thậm chí có thể còn phải chặt chẽ hơn. Bởi trong trường hợp dự án gặp rủi ro thì Nhà nước đều phải sử dụng tiền ngân sách để trả cho nhà đầu tư. Do đó, cần phải bảo đảm rằng việc Nhà nước

cam kết bảo lãnh trong các dự án PPP phải được kết nối với việc lập kế hoạch ngân sách, kế hoạch vay, trả nợ công.

4. Điều khoản thay đổi pháp luật

Các hợp đồng PPP thường có điều khoản về việc thay đổi pháp luật (change of law) hay còn gọi là điều khoản ổn định hợp đồng (stabilisation). Điều khoản này giúp các nhà đầu tư bảo đảm tránh được rủi ro thay đổi pháp luật sau khi hợp đồng đã được ký. Tuy nhiên, nếu mở rộng quá mức có thể ảnh hưởng đến quyền quản lý xã hội, thậm chí chủ quyền của Nhà nước. Trong Luật Đầu tư 2014, Điều 13 đã xử lý vấn đề này theo hướng những quy định về ưu đãi đầu tư thì được bảo đảm ổn định, nhưng có ngoại lệ trong trường hợp Nhà nước thay đổi pháp luật vì lợi ích công cộng. Đối với vấn đề này, đề nghị cơ quan soạn thảo đưa vào Luật đầu tư PPP một điều khoản về thay đổi pháp luật, và phân loại thành 2 nhóm quy định như sau:

- Đối với các quy định pháp luật về tài chính như mức thuế, mức phí, tiền và các nghĩa vụ tài chính khác với Nhà nước, các biện pháp ưu đãi, hỗ trợ đầu tư thì cho phép áp dụng cơ chế ổn định hợp đồng.
- Đối với các quy định pháp luật vì an toàn, an ninh, lợi ích công cộng thì không được phép áp dụng cơ chế ổn định hợp đồng, ví dụ, các tiêu chuẩn an toàn về môi trường, an ninh quốc phòng, an toàn lao động,...

II. Cơ chế công khai, minh bạch thông tin và lấy ý kiến cộng đồng

1. Ý nghĩa của việc công khai, minh bạch thông tin và lấy ý kiến cộng đồng đối với các dự án PPP

Việc công khai, minh bạch và lấy ý kiến cộng đồng đối với các dự án PPP rất quan trọng, việc này cần phải được quy định chặt chẽ và thực hiện nghiêm túc hơn cả đối với các dự án đầu tư công. Đối với các dự án đầu tư công, trong trường hợp người dân có những phản ứng, thì Nhà nước có thể chủ động điều chỉnh dự án mà không cần điều chỉnh hợp đồng. Đối với các dự án đầu tư PPP, việc điều chỉnh dự án thường sẽ kéo theo việc phải đàm phán lại giữa Nhà nước và nhà đầu tư. Do đó, nếu dự án được tham vấn kỹ lưỡng ngay từ giai đoạn đầu thì sẽ giảm được nguy cơ này. Một số dự án BOT giao thông thời gian qua gặp vướng mắc khi đi vào vận hành cũng một phần xuất phát từ việc thiếu tham vấn ý kiến cộng đồng trước khi ký hợp đồng.

Trước đây, do quan niệm cho rằng tiền đầu tư là của tư nhân, nên cơ chế giám sát đối với đầu tư các dự án PPP lỏng lẻo hơn so với đầu tư công. Tuy nhiên, các dự án này lại có thể ảnh hưởng đến quyền lợi của bên thứ ba (bên sử

dụng sản phẩm, dịch vụ của dự án và phải trả tiền). Do đó, việc tham vấn rộng rãi ý kiến của cộng đồng là điều hết sức cần thiết.

Có quan điểm cho rằng việc công khai, minh bạch và lấy ý kiến về các hợp đồng/dự án đầu tư sẽ khiến các nhà đầu tư e ngại khi đầu tư vào Việt Nam. Tuy nhiên, xét về dài hạn, khi một dự án nhận được sự đồng thuận của xã hội thì nguy cơ bị phản đối về sau này sẽ thấp hơn. Khi đó, rủi ro cho nhà đầu tư khi dự án bị đình trệ, bị mất doanh thu do phản ứng của xã hội sẽ giảm. Hơn nữa, chính sách cần khuyến khích các nhà đầu tư, các dự án đầu tư “sạch”, minh bạch, chứ không nên chấp nhận hạ thấp tiêu chuẩn về công khai, minh bạch chỉ để thu hút thêm đầu tư.

2. Quy định công khai thông tin, lấy ý kiến về dự án, hợp đồng PPP trước khi ký kết

Quy định về công khai thông tin, lấy ý kiến về dự án, hợp đồng PPP trong Luật Đầu tư PPP cần có các nội dung sau:

- Bảo đảm việc đăng công khai thông tin về dự án PPP ít nhất 60 ngày trước khi ký kết. Nội dung đăng tải bao gồm: (1) tóm tắt thông tin về dự án; (2) báo cáo nghiên cứu tiền khả thi; (3) báo cáo nghiên cứu khả thi; (4) bản thẩm định báo cáo nghiên cứu tiền khả thi; (5) bản thẩm định báo cáo nghiên cứu khả thi; (6) dự thảo hợp đồng. Những nội dung thông tin thuộc về bí mật Nhà nước, bí mật kinh doanh, tài sản trí tuệ chưa được công bố thì được phép xoá hoặc bôi đen trong các tài liệu trên. Nơi đăng tải là Cổng thông tin chung về các dự án PPP do Bộ Kế hoạch và Đầu tư làm đầu mối.
- Đối với các dự án có quy mô lớn hoặc có ảnh hưởng đến bên thứ ba thì phải được tổ chức lấy ý kiến thông qua văn bản, hội thảo, họp báo. Đối tượng được lấy ý kiến gồm các cá nhân, tổ chức bị ảnh hưởng trực tiếp hoặc gián tiếp của dự án và các tổ chức đại diện của họ. Ví dụ, các dự án có thu phí sử dụng đường bộ thì phải hỏi ý kiến các doanh nghiệp vận tải, hiệp hội vận tải và người dân quanh khu vực dự án.
- Các ý kiến đóng góp cho dự án phải được tổng hợp, giải trình và gửi kèm cho cơ quan hoặc người có thẩm quyền ký hợp đồng.

3. Quy định về công khai thông tin sau khi ký kết hợp đồng

Sau khi ký hợp đồng, các thông tin về hợp đồng, việc thực hiện dự án và các kết quả kiểm tra, giám sát của dự án cũng cần được công bố. Cụ thể như sau:

- Công bố toàn bộ các hợp đồng đầu tư PPP bao gồm cả phụ lục. Các nội dung thuộc về sáng chế, kiểu dáng công nghiệp chưa công bố thì được

phép xoá hoặc bôi đen. Nơi công bố là website của Bộ Kế hoạch và Đầu tư.

- Công bố các báo cáo định kỳ về tình hình hoạt động của dự án đầu tư, gồm cả báo cáo của chủ dự án nộp cho cơ quan nhà nước và các báo cáo, kết luận thanh kiểm tra của cơ quan nhà nước đối với dự án.
- Đối với các dự án có nguồn thu từ bên thứ ba thì phải công bố định kỳ sản lượng và doanh thu của dự án. Bên thứ ba (người dân và doanh nghiệp khác) phải được tham gia trong quá trình giám sát nguồn thu.

4. Điều khoản về bảo mật hợp đồng

Trong nhiều hợp đồng PPP hiện nay có điều khoản về bảo mật hợp đồng. Theo đó, bên nào tiết lộ thông tin cho người khác gây thiệt hại cho bên còn lại thì phải bồi thường. Tuy nhiên, hoạt động của các cơ quan Nhà nước lại phải đáp ứng nguyên tắc công khai, minh bạch (Điều 28 của Hiến pháp) trừ trường hợp thuộc bí mật nhà nước. Do đó, Luật đầu tư PPP cần có quy định giới hạn điều khoản bảo mật trong các hợp đồng PPP. Cụ thể, nếu các hợp đồng PPP có điều khoản về bảo mật hợp đồng, thì điều khoản này chỉ được áp dụng đối với các nội dung thông tin thuộc về bí mật nhà nước, bí mật kinh doanh và các tài sản trí tuệ chưa được công bố.

Trên đây là một số ý kiến ban đầu về quan điểm xây dựng luật và các quy định công khai, minh bạch, lấy ý kiến cộng đồng của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam đối với Dự án Luật Đầu tư theo hình thức đối tác công tư. Rất mong quý Cơ quan soạn thảo cân nhắc để chỉnh sửa, hoàn thiện.

Trân trọng cảm ơn sự hợp tác của quý Cơ quan.

Nơi nhận:

- Như trên;
- Văn phòng Chính phủ, Bộ Tư pháp;
- Ủy ban Kinh tế của Quốc hội;
- Ban Thương trực (để báo cáo);
- Lưu VP (TH,VT), PC.

**TL. CHỦ TỊCH
TRƯỜNG BAN PHÁP CHẾ**



Đậu Anh Tuấn